

L'evoluzione della sanzione punitiva

di
Elga Marvelli

«Chi percuote un uomo, da farlo morire, sia messo a morte» (Esodo 21, 12)

Il carattere irrinunciabile del principio sanzionatorio, quale strumento di appagamento del sentimento di giustizia dei consociati nei confronti di colui che ha infranto la norma, è riconosciuto da autorevole dottrina (Ponti, 1999), secondo la quale la stessa etimologia del termine «pena» - dal latino *poena*, che è dal greco *poinè*, ammenda, indennizzo ma anche castigo, vendetta - di tale principio racchiude l'essenza più profonda e ancestrale. Né la progressiva sublimazione della legge del taglione nel c.d. principio tariffario né l'intento di ridurre l'afflittività della «sofferenza legalmente inflitta» (Ponti, 1999, p. 75), perseguito dai legislatori occidentali a partire dall'Età dei Lumi, pregiudicano la funzione retributiva e satisfattoria della risposta penale¹. Il carattere afflittivo della pena è ritenuto un'autentica conquista di civiltà (Mantovani, 1984) e la natura ambivalente della punizione, diritto-dovere dell'autorità statale, ne contraddistingue la moderna concezione. Da tempo immemore, essa è *«un male [...] che colpisce il reo, e lo colpisce in proporzione al mal fatto»* (Brasiello, 1982, p. 808).

In epoca remota, la pena assolve ad una funzione esclusivamente vendicativa, legittimando la vittima o i suoi familiari ad infliggere al reo una sofferenza della medesima natura di quella arrecata, secondo la nota simmetria biblica «occhio per occhio, dente per dente²». Per secoli, la vendetta rappresenta un diritto immediatamente azionabile dalla vittima o dai suoi congiunti, tanto nel mondo greco quanto in quello romano della monarchia e della prima Repubblica; lo è ancora nel IV-V sec. d.C. e nel diritto germanico (Ponti, 1999). Ne sono un esempio la faida germanica e la vendetta intergentilizia romana, riservate alle offese *inter partes* e animate dal principio della vendetta privata. Diversa la sorte delle aggressioni al gruppo sanzionate, almeno nel bacino

¹ «[...] la retribuzione, per sua natura, costituisce, rispetto ad un comportamento, una controazione che corrisponde alla natura del comportamento: *malum propter malum, bonum propter bonum*» (Exner, 1989, p. 12).

² «Ma se (la vittima) muore, richiederai vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, ustione per ustione, ferita per ferita, lividura per lividura» (Esodo 21, 23-25).

mediterraneo, con il respingimento del reo dalla compagine sociale attraverso la sua eliminazione fisica – tramite sommersione in acqua³, crocifissione, lapidazione, cremazione – o simbolica, mediante la sua espulsione nelle forme dell'*aqua et igni interditio*, dell'*execratio*, della *excommunicatio canonica* e dell'esilio, cui consegue la morte civile con perdita della cittadinanza e di ogni diritto personale e patrimoniale (Mantovani, 1984).

Al diritto romano arcaico è estranea la funzione vendicativa della pena, essendo la stessa animata da una duplice finalità: quella purificatoria dell'onta, arrecata al gruppo dall'atto illecito, e quella consacratoria alla divinità, offesa dal crimine. In entrambi i casi, si impone il sacrificio del colpevole che, per l'espiazione a scopo purificatorio, deve praticarsi nella forma della *crematio*, ossia della vivicombustione, mentre per la consacrazione al divino può eseguirsi mediante il supplizio della sospensione all'*arbor infelix*⁴. Soltanto dopo l'emanazione delle leggi di Silla assumerà rilievo la figura della vittima, alla quale sarà consentito vendicarsi talora uccidendo il colpevole, talaltra cagionandogli un nocumento proporzionato a quello patito. L'evoluzione – successivamente disciplinata dalla legge delle XII Tavole, che legittima l'iniziativa della vittima all'applicazione del *talio* nei casi di attentato alla persona (Brasiello, 1982) – è innegabile, sebbene la «moderna dosimetria retributiva dei mali» (Mantovani, 1984, p. 404) sia ancora lungi da venire. I segnali prodromici della retribuzione, nella moderna accezione del termine, vanno ravvisati nel rapporto originato dall'atto illecito, che assoggetta il responsabile prima all'iniziativa privata della vittima e, successivamente, ad una riparazione pecuniaria, ragguagliata all'entità del delitto. La punizione, pertanto, deve considerarsi «*come un quid da adeguare, ove possibile, al malfatto, e quindi come una retribuzione [...]*» (Brasiello, 1982, p. 810).

Il crollo dell'Impero Romano d'Occidente segna una battuta d'arresto nell'evoluzione del sistema penale, ora caratterizzato da un'ideologia, propria del mondo germanico, ispirata a criteri opposti rispetto a quelli classici del magistero punitivo pubblico, in cui la pena è inflitta dallo Stato ed è irrogata mediante un processo. È il trionfo della pena privata, rimessa all'arbitrio dell'offeso «*in una visione praticamente illimitata dell'azione vendicativa*» (Ghisalberti, 1982, p. 813), che

³ La pena del *culleus* consiste nella sommersione in acqua del condannato, racchiuso in un sacco (*culleum*) insieme ad animali che lo straziano. Riservata al parricida, assolve alla duplice finalità di garantire una morte atroce al colpevole e, forse, il diniego di sepoltura (Brasiello, 1982).

⁴ Croce lignea avente, in origine, la forma di una T.

contempla, peraltro, la possibilità di composizione della lite attraverso l'offerta di un'adeguata soddisfazione pecuniaria (*compositio*) per il nocumento arrecato alla vittima. Questo approccio riparatorio non altera, tuttavia, la natura privata della pena, sebbene l'esame delle fonti legittimi interpretazioni diversificate dell'istituto (Diurni, 1982). L'unica sanzione tipicamente pubblica è rappresentata dalla *friedlosigkeit* o perdita della pace, sia in ragione della natura dell'organo irrogante che delle modalità esecutive della medesima⁵: la sua sopravvivenza nella legislazione longobarda è, però, assai breve, essendole preferite la pena di morte e quella connessa della confisca dei beni.

Nel diritto intermedio, istituti privatistici e pubblicistici ispirati alle consuetudini barbariche convivono agevolmente, nonostante i tentativi dei pubblici poteri di affermare la preminenza dello Stato nell'esercizio della potestà punitiva. Dei riflessi di tale sforzo rimane traccia nell'editto longobardo, che disciplina *ex lege* il ricorso alla faida e attribuisce alla vendetta privata il carattere di *extrema ratio*, subordinandone l'esercizio al fallimento del tentativo di composizione. La predominanza della pena privata è riconducibile alla concezione del diritto quale strumento di mantenimento dell'ordine pubblico, la cui violazione è considerata «rottura della pace» e causa di uno stato di inimicizia da rimuoversi attraverso sanzioni pecuniarie comminate nell'interesse esclusivo dell'offeso o del gruppo parentale⁶. La duplice funzione - afflittiva e satisfattoria - della pena garantisce la restaurazione della pace violata, eliminando la condizione di inimicizia conseguente al comportamento illecito. Ciò rende ragione dell'embricarsi di pena privata e di pena pubblica (*i.e.* criminale) in età altomedievale (Diurni, 1982). Nell'impossibilità di sradicare il ricorso alla vendetta privata – vani i tentativi carolingi, prima e quelli della Chiesa, poi - la successiva legislazione degli Ottoni «*finisce per legittimarla, cedendo alla realtà della società feudale e trasmettendola in eredità all'epoca nuova che si verrà ad aprire con la rinascita del diritto romano*» (Ghisalberti, 1982, p. 814).

⁵ Trattasi dell'espulsione comunitaria del colpevole di reati particolarmente gravi (*crimina publica o atrocissima*), con conseguente abbandono dello stesso alla vendetta collettiva (Ghisalberti, 1982). Il reo, espulso dal gruppo di appartenenza, rimane privo di qualsiasi tutela e, pertanto, può essere ucciso impunemente (Diurni, 1982).

⁶ Già in questa fase, tuttavia, si colgono i primi segnali dell'azione repressiva esercitata dai pubblici poteri nell'interesse dell'intera collettività e non solo della parte lesa (Diurni, 1982).

Il Basso Medioevo, caratterizzato dalla crescente espansione del sistema feudale, vede lo sviluppo della pena arbitraria (Diurni, 1982), non più subordinata alla previsione normativa come accade nella legislazione longobardo-franca, in cui la discrezionalità nella determinazione della pena è circoscritta all'irrogazione delle sanzioni relative ai *crimina publica*⁷ da parte del sovrano. Complice l'inconsistenza del potere centrale, il magistero criminale del feudatario si amplia attraverso la previsione di nuove fattispecie delittuose - soprattutto in materia di attentati alla proprietà e al dominio terriero - e di pene con finalità deterrente, garantita dalla pubblicità dell'esecuzione. All'estensione del magistero punitivo pubblico, esercitato con inaudita violenza nei confronti dei sudditi, il corpo sociale risponde ricorrendo a modalità risolutive dei conflitti parallele rispetto all'intervento dell'autorità, nell'ambito delle quali torna a prevalere l'esercizio della vendetta privata (Diurni, 1982). Incapaci di sopprimere la medesima e le rappresaglie ad essa conseguenti, saranno le nuove realtà comunali a disciplinarne l'esercizio, limitandone la titolarità ai soli parenti prossimi dell'offeso. La prevalenza delle pene corporali rispetto a quelle pecuniarie e il moltiplicarsi delle misure di polizia per contrastare la violazione degli ordini dell'autorità caratterizzano, infine, il sistema penale dell'epoca intermedia.

Nel Rinascimento medievale, alla reintroduzione della pena pubblica - irrogata da un organo statuale su istanza dei pubblici poteri o dei privati interessati - non sono estranei né il rifiorire degli studi romanistici della Scuola di Bologna né il consolidamento degli ordinamenti particolari che ripropongono, sul piano penalistico, gli istituti del diritto giustiniano. L'irrogazione della pena risponde ora all'esigenza di giustizia e di difesa sociale della comunità e non più alla mera vendetta dell'offeso o dei suoi congiunti, come per l'innanzi. L'apparato sanzionatorio si avvale della pena capitale e delle altre pene corporali e si arricchisce del bando (*bannum*)⁸, di derivazione germanica, unitamente a sanzioni accessorie di natura personale e patrimoniale, derivanti dalla perdita della capacità giuridica ad esso conseguente, quali riduzione in schiavitù, esilio, confisca dei beni e privazione dei diritti civili. L'elusione del principio di proporzionalità è confermata dalla frequente inflizione di pene crudeli, che disconoscono finalità intimidative o emendative del reo, punito in conseguenza della commissione di un delitto e indipendentemente dalla valutazione di qualsiasi

⁷ Per loro natura, i delitti privati sono sottratti a qualsiasi intervento della pubblica autorità, fintanto che non subiranno la lenta e progressiva trasformazione in reati pubblici.

⁸ Istituto tradizionale della legislazione longobardo-franca, è simile ma non coincidente né con l'esilio di origine romana (Ghisalberti, 1982) né con la perdita della pace pubblica dell'antico costume germanico (Diurni, 1982).

funzione utilitaristica della pena. Del resto, lo scarno approfondimento teorico in materia, da parte della dottrina del diritto comune, è ampiamente dimostrato (Ghisalberti, 1982).

Le riflessioni preliminari sul fondamento della potestà punitiva e sullo scopo della pena risalgono ai teologi della Scolastica, che identificano il primo nell'autorità divina – della quale sarebbe investito colui che esercita la potestà medesima, poiché il delitto contrasta con la legge di Dio – e il secondo nel carattere «medicinale» della pena, che consente al reo di espiare la sua colpa davanti all'Onnipotente⁹. È il trionfo della commistione tra crimine e peccato, in una concezione sacrale del diritto penale che si avvale dell'organo giudiziario come braccio secolare della religione e del potere ecclesiastico (Fiandaca & Musco, 1995). All'originaria visione della pena come espiazione del male commesso subentra una prospettiva più articolata della sua finalità individuale e sociale, espressa dal pensiero giusnaturalista della *emendatio communis* - che della pena richiama il contenuto pedagogico e intimidatorio - o dalla posizione di Thomasius, in cui le funzioni general e specialpreventive, seppure in forma embrionale, si unificano in una concezione globale della pena. Si levano le prime voci contrarie alla pena di morte da parte di giureconsulti quali l'Alciato e il Salmonio mentre scrittori come Tommaso Moro e Campanella, muovendo da premesse ottimistiche sulla natura dell'uomo (Mantovani, 1984), sono tra i primi a schierarsi a favore di interventi sulla criminalità in chiave preventiva. Sul piano teleologico, alla finalità correttiva si affiancano ulteriori connotati, quali la salvaguardia dell'ordine sociale, l'intimidazione e l'esemplarità della pena (Diurni, 1982). Ma è al rinnovato studio del diritto romano giustiniano che si devono le prime sistematiche elaborazioni teoriche sulla pena, la quale assume progressivamente natura pubblica soppiantando, in maniera definitiva, il sistema delle pene private.

Nel corso dei secoli e con modalità differenti in ragione dello sviluppo dei singoli ordinamenti statuali, il superamento della vendetta privata si realizza mediante privazione o diminuzione di beni individuali quali la vita, attraverso la pena capitale; l'integrità fisica, per mezzo di pene corporali; la libertà personale, con misure restrittive della medesima; l'onore, attraverso le pene infamanti¹⁰ del marchio, della gogna e della pubblicazione della sentenza di condanna; la capacità giuridica, per mezzo delle pene interdittive; il patrimonio, colpito mediante sanzioni pecuniarie.

⁹ Analogamente a quanto accade all'epoca dell'Inquisizione, quando si intende ottenere la riconciliazione del reo mediante pubblica abiura della propria condotta.

¹⁰ Sanzioni di tipo infamante e ignominioso proliferano soprattutto nel Basso Medioevo (Diurni, 1982).

In tal modo, la pena inizia ad assolvere alla duplice funzione di giustizia e di difesa sociale (Mantovani, 1984). In ogni caso, la transizione dalla vendetta alla pena, nella sua accezione attuale e pressoché universalmente accettata, si compie in virtù del principio di proporzionalità, che innalza quest'ultima ad «atto di ragione» in quanto reazione commisurata al male inflitto e non più espressione dell'emotività istintuale ed incontrollata. Proporzionalità «*concepita non (già) nei termini meccanicistici della pena vetero-testamentaria del taglione [...], ma come concetto etico-sociale, per cui si considera giusto corrispettivo anche un male di diversa natura*» (Mantovani, 1984, p. 405), irrogato da un'autorità statale che interviene a disciplinare casi e modalità di legittimo esercizio del potere sanzionatorio, segnando la nascita del diritto penale quale diritto pubblico (Cantarella, 1991). La finalità vendicativa della pena continua a sopravvivere fino all'epoca moderna sebbene l'autorità avochi a sé, in via esclusiva, l'amministrazione della giustizia. In tal modo, l'esercizio della vendetta viene inibito al singolo per tradursi in prerogativa statale. Solo successivamente all'istanza vendicativa originaria andrà associandosi quella di auto-tutela dell'autorità, nei confronti di atti potenzialmente lesivi dei suoi specifici interessi (Ponti, 1999).

Nella cultura europea pre-illuministica, il reato è un attentato all'autorità del sovrano - la cui persona si identifica con lo Stato (*crimen lesae maiestatis*) - e il suo autore deve essere punito e materialmente soppresso. Lo strumento punitivo è rappresentato dal pubblico supplizio con finalità deterrente, affinché ciascuno dei consociati si astenga dal commettere reati. La finalità intimidativa della pena costituisce l'unica modalità di prevenzione generale (Ponti, 1999): l'odierno sistema preventivo diversificato è ancora lungi da venire. L'apparato sanzionatorio vede il largo impiego della pena di morte - anche per reati minori come furto, falso e truffa - e delle pene corporali ad esecuzione pubblica, con modalità particolarmente cruenta, quali mutilazioni, fustigazioni, accecamento e abbruciamento¹¹ (Focault, 1976). «Arbitrio, eccesso, crudeltà ed esasperata spettacolarità» (Fiandaca & Musco, 1995, p. XV) caratterizzano il quadro delle sanzioni punitive: è l'epoca dello «splendore dei supplizi» che, certamente, intimidisce ma esercita anche un fascino seduttivo sul pubblico degli spettatori. Le pene privative della libertà personale sono assai diffuse: alla carcerazione - con durata indeterminata, utilizzata come modalità di attesa del giudizio, per impedire la fuga del reo, oppure come strumento di neutralizzazione extragiudiziale di avversari

¹¹ La condanna a morte per squartamento è preceduta da tanagliamenti di arti con aggiunta di piombo fuso e olio bollente o bruciatura di mano con fuoco di zolfo (Focault, 1976).

politici e dissidenti - si affiancano altre misure gravemente afflittive, come la riduzione in schiavitù, la deportazione e la perpetua condanna al remo, oltre a particolari forme di detenzione domiciliare.

Nel secolo XVIII si assiste ad un radicale mutamento degli strumenti punitivi, che confluisce nell'alveo di un più ampio processo di secolarizzazione dello Stato, le cui premesse culturali affondano le radici nella speculazione filosofico-giuridica maturata a partire dal secolo precedente. Il riferimento è d'obbligo a quel movimento di pensiero noto come «giusnaturalismo laico», che supera le concezioni teocratiche allora dominanti ancorando la legittimazione delle istituzioni statali a un diritto naturale laico e terreno, fondato sui principi di ragione. Grozio per primo teorizzerà la necessità di bandire la confusione tra delitto e peccato, sottolineando l'autonomia delle rispettive sfere del diritto e della morale (Fiandaca & Musco, 1995). È ai teorici del giusnaturalismo che si deve il superamento del carattere meramente vendicativo-intimidativo della pena in favore di finalità rispondenti a criteri di equità e di giustizia, aprendo la via all'affermazione delle concezioni utilitaristiche e umanitarie che domineranno il panorama giuridico dei secoli a venire (Diurni, 1982). Il processo di modernizzazione del diritto penale trova compimento nell'ambito del pensiero illuministico, che combatte l'arbitrio giudiziario, mitiga le sanzioni punitive evitando ingiustificati eccessi di sofferenza ai condannati, razionalizza il sistema dei delitti e delle pene allo scopo di renderlo un efficace strumento di prevenzione dei reati (Fiandaca & Musco, 1995). La tortura e le pene corporali vengono progressivamente abbandonate, si riducono le ipotesi per le quali è comminabile la pena di morte mentre la detenzione in carcere assurge a strumento punitivo elitario.

L'ideologia penale liberale, magistralmente descritta dal Beccaria nella sua opera più celebre del 1764, tratteggia le caratteristiche salienti della sanzione punitiva: dal significato retributivo, non solo vendicativo e intimidatorio; proporzionata alla gravità del delitto; mitigata nella sua severità, con esclusione delle pene afflittive e abolizione della pena capitale. Sorge, così, l'istituzione carceraria nella moderna accezione del termine, con la costruzione di stabilimenti penitenziari deputati alla reclusione, in sostituzione delle fortezze militari precedentemente utilizzate come luogo di detenzione (Ponti, 1999). È il passaggio dal pubblico supplizio dell'epoca preilluministica al carcere, strumento punitivo solitario e segreto¹², che risponde all'organizzazione dell'attività

¹² «La segretezza del giudizio, quale vigeva un tempo, è stata sostituita dalla attuale pubblicità del processo, e per contro è divenuta nascosta, nel chiuso del carcere, l'esecuzione della pena» (Ponti, 1999, p. 76).

umana secondo il principio della disciplina: la stessa che rende gli individui docili e funzionali al modello produttivo settecentesco (Foucault, 1976). *«Il carcere è l'emblema del modello di organizzazione del potere disciplinare, esercitato come strumento di dominio dal Potere, il quale esclude dalla vita sociale coloro (delinquenti, pazzi ecc.) che possono mettere in discussione il rapporto di disciplina che lega i cittadini allo Stato, per sottoporli alla disciplina carceraria che rieduca alla più generale disciplina»* (Mantovani, 1984, p. 227). Così definito, il ruolo punitivo del carcere predominerà almeno fino alla metà del XX secolo (Ponti, 1999).

I tempi sono maturi per il superamento della concezione vendicativa-intimidativa della pena e, coerentemente con gli ideali etici e filosofici sette-ottocenteschi, prende corpo il principio della retribuzione - dal latino *retribuere*, do il dovuto - quale finalità primaria della sanzione punitiva: il richiamo al principio di proporzionalità tra entità della sofferenza inflitta e gravità del delitto consumato diviene, ora, esplicito e necessario. Kant riconosce, nel principio retributivo, la sola misura certa della qualità e della quantità della pena, in maniera conforme ad una concezione ancora oggi dominante nella prassi penalistica tedesca (Klug, 1989). Anche secondo Hegel la pena è retribuzione e, precisamente, lesione della lesione¹³. Si riaffaccia il significato della punizione come emenda - mezzo di riabilitazione spirituale del reo attraverso la presa di coscienza della propria colpa - e il carcere diviene strumento di punizione ma anche di autocorrezione (Ponti, 1999), con l'impiego delle modalità trattamentali che si reputano necessarie a correggere moralmente il condannato, modificandone il futuro comportamento: disciplina rigorosa e regolamenti afflittivi, lavoro coatto, obbligo delle pratiche religiose e del silenzio, squallore degli ambienti, povertà dell'alimentazione, isolamento dal mondo esterno e dagli altri reclusi. La concezione etico-retributiva della pena postula il libero arbitrio nella scelta delle proprie azioni, introducendo il concetto della responsabilità morale quale fondamento della rimproverabilità del male commesso. Volontà colpevole, imputabilità e retribuzione saranno, infatti, i capisaldi della Scuola Classica, maturata nell'ambiente politico-culturale illuminista e tesa ad opporre i presupposti razionali della punibilità agli eccessi e alle crudeltà dell'epoca (Mantovani, 1984). All'indomani della Rivoluzione francese, l'adeguamento della struttura giuridico-normativa ai principi liberali dell'Illuminismo

¹³ «Questa singolare formula deve intendersi così: il reato è per Hegel una lesione di diritti e questa lesione viene eliminata mediante la lesione, insita nell'inflizione della pena, dei diritti del reo, in particolare del suo diritto alla libertà» (Klug, 1989, p. 5).

trova compimento nel *Code Napoléon* del 1804, cui si ispireranno l'intera codificazione europea e quella sudamericana dell'epoca (Ponti, 1999). È in tale contesto che nascono le dettagliate articolazioni giuridiche del c.d. sistema tariffario, fondato sulla minuziosa previsione codicistica delle differenti fattispecie delittuose e sulla calibrata commisurazione della pena in ragione della diversa gravità delle medesime, al fine di garantire parità di trattamento a tutti i consociati.

Alla Scuola Classica presto si contrappone quella Positiva che, muovendo dal postulato del determinismo causale¹⁴ in auge nel XIX sec., introduce il concetto della pericolosità sociale del reo: sia attuale, comprovata dalla condotta delittuosa, sia potenziale ossia insita nella sua personalità. La finalità punitiva della pena scompare, soppiantata dalla funzione difensiva, alla quale l'istituzione carceraria assolve garantendo l'incapacitazione e l'esclusione sociale del reo pericoloso. Gli obiettivi di neutralizzazione impongono una sanzione dal carattere individualizzato, un sistema di misure di difesa sociale non proporzionate alla gravità del fatto, derogabili e indeterminate. Indeterminatezza correlata al persistere della pericolosità del reo, la cui essenza coincide con il rischio di recidiva (Ferri, 1884). Al pensiero positivistico si riconosce il triplice merito di avere centrato il *focus* del diritto penale sulla personalità del delinquente, nei suoi condizionamenti bio-psico-sociologici; di avere calato il reato e il suo autore nel contesto individuale e sociale di riferimento, generando gli indirizzi antropologici e sociologici della moderna criminologia; di avere aperto le frontiere alla difesa sociale (Mantovani, 1984). Nonostante l'acceso dibattito alimentato dagli opposti dogmatismi, entrambe le scuole di pensiero affermano la finalità di tutela giuridica della sanzione penale: la Scuola Classica evidenziandone il contenuto astratto mentre quella Positiva ponendo l'accento sul delitto nella sua concreta attualità (Diurni, 1982).

Alla c.d. Terza Scuola si deve la prima mediazione tra gli elementi pragmatici emersi dalle opposte posizioni classiche e positiviste, dalla quale sorge il sistema del «doppio binario», introdotto in Italia e in Germania negli anni Trenta del secolo scorso. Fondato sul dualismo della responsabilità individuale/pena retributiva e della pericolosità sociale/misura di sicurezza, esprime il contrasto di fondo tra indeterminismo classico e determinismo positivista nell'antinomia della responsabilità attenuata/pericolosità relativa ai semimputabili pericolosi e, pertanto, assoggettati sia ad una pena

¹⁴ Nel determinismo universale dei fenomeni, il delitto appare manifestazione necessitata di determinate cause e non già estrinsecazione di una scelta libera e responsabile del soggetto (Ponti, 1999).

diminuita – commisurata alla gravità del reato - sia ad una misura di sicurezza dalla durata indeterminata. La media via della Terza Scuola influenzerà le codificazioni fiorite tra i due conflitti mondiali, sia dell'Europa continentale che dell'America latina e del Medioriente, legislazioni tutte informate ad un eclettismo più o meno accentuato (Mantovani, 1984). La stessa codificazione penale italiana attualmente in vigore (c.d. Codice Rocco) si ispira alla combinazione meccanicistica dei due criteri. Il maggiore sforzo di sintesi è, tuttavia, quello tentato dal movimento di pensiero della Nuova difesa sociale: sorto nel dopoguerra, propugna la difesa della società contro il crimine e la risocializzazione del reo mediante la sostituzione della pena con un trattamento individualizzato a scopi terapeutici e rieducativi. La funzione risocializzativa comincia ad imporsi nel pensiero penalistico del XX secolo attraverso l'introduzione del concetto della pena utile, ossia capace di eliminare i fattori criminogeni. È in tale contesto che affonda le sue radici la futura ideologia del trattamento.

La c.d. pena utile è, al contempo, strumento correzionale – da attuarsi con l'ausilio delle istituzioni statali – e strumento terapeutico, posta la natura morbosa della delinquenza. Dalla durata indeterminata, fino al conseguimento dell'obiettivo risocializzativo, configura un vero e proprio diritto alla risocializzazione in capo al condannato, speculare rispetto al diritto della società ad essere tutelata dal crimine. Oggetto di ampi studi, il trattamento dà luogo ad esperimenti penitenziari e parapienitenziari, soprattutto nei Paesi del nord Europa e del nord America, tendenti alla creazione di un sistema differenziato di misure in contrapposizione alla pena detentiva tradizionale (Mantovani, 1984). Alle pratiche intramurarie, tese a correggere l'antisocialità del reo con l'impiego di trattamenti medici, psichiatrici, psicologici e sociali, si affiancano pratiche di tipo extramurario, finalizzate a facilitarne il rientro in società con l'impiego di misure di decarcerizzazione e di supervisione in libertà. La detenzione in carcere, con carattere residuale, sopravvive per i soli soggetti refrattari al trattamento. Sebbene l'ideologia del trattamento si diffonda rapidamente in tutta l'area occidentale, essa si impone soprattutto negli Stati Uniti, nei Paesi di *common law* e in quelli scandinavi, grazie all'elevato livello di sviluppo dello stato assistenziale. Il resto dell'Europa, per ragioni di diversa tradizione giuridica, andrà mitigando le applicazioni concrete di tali principi (Ponti, 1999). Nel panorama italiano, in particolare, si assiste all'introduzione di misure alternative e premiali con la c.d. Legge Gozzini del 1986, che presto ne

trasformerà gli istituti in quella che è stata denominata «la politica dello scambio penitenziario» (Grevi, 1988).

L'eccessiva fiducia nella possibilità delle scienze umane di modificare la personalità del reo e di formulare attendibili previsioni circa il suo comportamento futuro (c.d. prognosi criminale), l'elevato costo per il finanziamento degli operatori penitenziari e parapenitenziari unitamente agli scarsi risultati di positiva risocializzazione sono tra le principali cause della crisi del mito risocializzativo. In ogni caso, la rieducazione – meta alla quale tendere, secondo il dettato costituzionale italiano di cui all'art. 27 - deve fare i conti con la natura volontaria del percorso risocializzativo (Ponti, 1999). Alla caduta dell'ideologia del trattamento concorre, altresì, il processo di revisione critica inaugurato da indirizzi contestatori di tipo politico-sociologico, secondo i quali le pratiche correzionali offrirebbero una copertura pseudoscientifica all'azione emarginante ed oppressiva dello Stato (Foucault, 1976). Il trattamento rieducativo contrasta, inoltre, con l'ideologia dei movimenti in favore dei diritti umani, in quanto l'aspirazione a trasformare il delinquente in un non delinquente costituirebbe una palese violazione del diritto dell'individuo ad essere ciò che vuole essere (Mantovani, 1984).

Le note censure espresse nei confronti dell'istituzione carceraria già a partire dagli anni Sessanta ne evidenziano le numerose storture: dalla potenzialità destrutturante della detenzione sulla personalità all'effetto disumanizzante e addirittura criminogeno della medesima; dal contagio subculturale, derivante dai disvalori dominanti all'interno del carcere, ai suoi effetti stigmatizzanti ai fini del reinserimento sociale del reo. Ciononostante, l'istituto della reclusione continua a soddisfare quella «*esigenza universalmente sentita di adeguata retribuzione*» (Ponti, 1999, pag. 179) che scaturisce dalla violazione della norma penale, unitamente alle istanze di tutela pubblica in risposta alla criminalità violenta e socialmente pericolosa. Progressivamente, si viene affermando il principio riduttivistico, che riserva restrittivamente l'impiego della carcerazione alle ipotesi criminose più gravi, preferendo strumenti sanzionatori meno afflittivi per il reo e meno costosi per l'economia pubblica. Del resto, la stessa osservazione clinico-criminologica dimostra come la privazione della libertà personale possa innescare processi psicologici dall'esito variabile in ragione delle caratteristiche individuali del detenuto (Ponti, 1999).

Gli attuali indirizzi di politica criminale percorrono la strada maestra della riduzione dell'area di intervento del sistema penale e della detenzione carceraria, nella triplice direzione della decarcerizzazione, depenalizzazione e degiurisdizionalizzazione. Seppur con modalità differenziate in ragione della tradizione giuridica dei singoli Paesi, tali tendenze vantano maggiore aderenza alla realtà rispetto all'abolizionismo carcerario radicale¹⁵ e all'orientamento esclusivamente imperniato sul mito trattamentale, costituendo l'asse portante dell'odierna politica penale. In particolare, il riduttivismo carcerario trova incisiva attuazione in quei contesti che propugnano il ricorso ad un sistema sanzionatorio diversificato in relazione alla gravità delle condotte delittuose, alla differente pericolosità degli autori di reato e alla loro suscettibilità rispetto ai trattamenti risocializzativi. Alla detenzione – tradizionalmente considerata pena elettiva per qualsiasi tipo di delittuosità – vengono preferite misure alternative o semi-alternative, nella convinzione che il carcere sia un male inevitabile, del quale debba farsi l'uso più limitato possibile (Ponti, 1999).

Su piani differenti operano gli strumenti della depenalizzazione e della degiurisdizionalizzazione. La rinuncia alla sanzione per condotte non più considerate meritevoli di repressione penale contrasta il fenomeno dell'ipertrofia legislativa, soprattutto nei confronti di condotte-reato di modesto allarme sociale e di comportamenti progressivamente relegati nell'alveo della discrezionalità etica soggettiva. Ben più complessa la devoluzione della competenza giudicante e sanzionatoria ad organi extrapenalali che, ispirata ai principi della *restorative justice* di stampo anglosassone, incontra un limite difficilmente superabile in quei Paesi la cui tradizione giuridica è vincolata all'obbligatorietà dell'azione penale (Rossi, 2004). È il caso dei programmi di mediazione penale che - tesi a superare la radicalizzazione del conflitto fra autore e vittima del reato promuovendo il dialogo fra le parti e la riparazione del danno - favoriscono il decongestionamento del sistema giuridico e il raggiungimento della pace sociale (Faget, 1993).

Dall'antico *ius talionis* fino ai moderni scenari della giustizia riparativa, passando attraverso il c.d. principio tariffario che commisura simbolicamente l'entità della pena alla gravità del reato, la sanzione penale conferma la sua duplice natura di strumento di controllo sociale e di appagamento del sentimento di giustizia dinanzi alla violazione dei precetti normativi. A poco valgono i reiterati

¹⁵ Trattasi di una corrente di pensiero sorta negli anni Ottanta quale espressione estrema del rifiuto dell'istituzione detentiva, ritenuta inefficace strumento di contrasto della criminalità (Ponti, 1999).

tentativi di abbandonare le concezioni retributive della pena: «[...] ciclicamente – sotto vesti nuove o rinnovate, e magari sotto la spinta di bisogni collettivi di punizione - l'idea retributiva mostra radici possenti e una sorprendente vitalità» (Stella, 1989, p. V).

Bibliografia

Brasiello, U., *Pena (Diritto romano)*. In *Novissimo Digesto Italiano* (Vol. XII, pp. 808-813). UTET, Torino 1982.

Cantarella, E., *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*. Rizzoli, Milano 1991.

Diurni, G., *Pena criminale*. In *Enciclopedia del Diritto*. (Vol. XXXII, pp. 752-770). Giuffrè, Milano 1982.

Exner, F., *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*. In L. Eusebi (Ed.), *La funzione della pena: Il commiato da Kant e da Hegel* (pp. 11-27). Giuffrè, Milano 1989.

Faget, J., *La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du desordre. Deviance et Société*, 3, pp. 89-98, 1993.

Ferri, E., *Sociologia criminale* (2nd ed.). Torino, UTET 1884.

Fiandaca, G., & Musco E., *Diritto penale: Parte generale* (3rd ed.). Zanichelli, Bologna 1995.

Focault, M., *Sorvegliare e punire: Nascita della prigione*. Einaudi (trad.it), Torino 1976.

Ghisalberti, C., *Pena (Diritto intermedio)*. In *Novissimo Digesto Italiano* (Vol. XII, pp. 813-816). UTET, Torino 1982.

Grevi, V., *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*. Cedam, Padova 1988.

Klug, U., *Il commiato da Kant e da Hegel*. In L. Eusebi (Ed.), *La funzione della pena: Il commiato da Kant e da Hegel* (pp. 3-9). Giuffrè, Milano 1989.

Mantovani, F. *Il problema della criminalità*. Cedam, Padova 1984.

Ponti, G., *Compendio di criminologia* (4th ed.). Raffaello Cortina, Milano 1999.

Rossi, L. *Adolescenti criminali: Dalla valutazione alla cura*. Carocci, Roma 2004.

Stella, F., *Introduzione*. In L. Eusebi (Ed.), *La funzione della pena: Il commiato da Kant e da Hegel* (pp. V-VI). Giuffrè, Milano 1989.